

Fabiola Fanti

Las políticas de salud ante los tribunales: un estudio sobre la ciudad de São Paulo¹

1. Introducción

La Constitución Federal de 1988 intensificó en Brasil un fenómeno ya observado en varias democracias contemporáneas en las últimas décadas: el de la utilización de los tribunales como un importante lugar de influencia del proceso político decisorio. Las cortes han sido cada vez más demandadas para expedirse sobre cuestiones que involucren políticas públicas y, mediante sus decisiones, terminan teniendo un rol relevante en la definición de estas. En este contexto, dentro del amplio espectro de posibilidades de uso del Poder Judicial como arena política, se ha tornado cada vez más importante el impacto de las decisiones de este Poder en las políticas sociales, principalmente en las políticas de salud.

En parte, este proceso fue posible gracias a la arquitectura institucional originada por la Constitución Federal de 1988. Si, por un lado, esta amplió el rol de derechos fundamentales de los ciudadanos, tanto en lo que respecta al acceso al Judicial como en relación con los derechos sociales, por otro lado también amplió los medios procedimentales para garantizarlos. Esta combinación facilitó el acceso del ciudadano individualmente o de la sociedad civil a los tribunales, por medio de procedimientos comunes, haciendo posible el cuestionamiento judicial de la efectividad de las políticas públicas (o de la falta de ella). Así, las cortes se han configurado en lugares propicios para la alteración de políticas sociales por medio de acciones basadas en el argumento de la garantía de los derechos sociales.

En el caso específico de las políticas sociales de salud, se puede afirmar que, en la última década, hubo una creciente ola de acciones

¹ Este artículo concentra los resultados de mi tesis de maestría, titulada *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o município de São Paulo*, defendida en el Departamento de Ciencia Política de la Universidad de São Paulo (USP, Brasil) en enero de 2010.

judiciales contra el Gobierno Federal, los Estados y los municipios (de forma conjunta o por separado), bregando por una serie de servicios de salud, entre los que el acceso a los medicamentos es el más demandado. Este proceso comenzó a mediados de la década de los 1990, con acciones que demandaban remedios antirretrovirales para el tratamiento del SIDA y, con el correr del tiempo, se generalizaron para pedidos de una variada gama de medicamentos² (Scheffer/Salazar/Grou 2005). Tal fenómeno, conocido como “judicialización de la salud”, ha logrado destacarse en la opinión pública, en el medio político y académico por la dimensión creciente que está tomando.

El presente artículo intenta contribuir al entendimiento de los procesos de uso de las instancias de la justicia común como camino por el cual los ciudadanos buscan el *enforcement* de derechos sociales constitucionalmente garantizados y, así, poder influir en las políticas públicas de los municipios a partir de los mecanismos institucionales relacionados con el Poder Judicial. En otras palabras, se pretende estudiar cómo sucede el uso de la justicia común como lugar para demandar la garantía del derecho a la salud, así como también evaluar en qué medida esta viene modificando las opciones del administrador en el diseño de la política pública y mediante cuáles mecanismos. Para esto, como objeto de estudio, se han seleccionado las demandas por salud propuestas contra el Municipio de São Paulo a través del Poder Judicial, así como el análisis de la forma en que las decisiones judiciales sobre dichas acciones se reflejan en la política municipal de salud.

2. Poder Judicial y Políticas de Salud: la visión de la Salud Pública y del Derecho

En los últimos años, se abrió un nuevo campo de estudio en Brasil que buscó entender la relación entre las demandas relacionadas con la salud, dirigidas al Poder Judicial, y las políticas públicas gubernamentales creadas en esta área. Los dos campos disciplinares que más se dedicaron a este tema fueron el de Salud Pública y el del De-

2 Existe una serie de trabajos que traen como resultado estos datos, pudiendo citarse como ejemplos: Viera/Zucchi (2007); Messeder/Osório-de-Castro/Luiza (2005).

recho, siendo realizadas diversas investigaciones empíricas sobre el tema, con los más diversos enfoques analíticos.³

Los trabajos producidos en el área de Salud Pública tienen, como cuestión central, la relación entre las acciones judiciales que requieren el suministro de medicamentos y las políticas gubernamentales que cuidan del asunto.⁴ Dentro de este amplio espectro de análisis, fue realizada una serie de trabajos empíricos, con distintos abordajes metodológicos, recogiendo y analizando las decisiones del Poder Judicial, o incluso haciendo análisis de las propias acciones que disputaban sobre la garantía del derecho constitucional a la salud, por medio del acceso a los medicamentos.

Los artículos producidos en el área del Derecho trabajan sobre la participación de la justicia común en políticas sociales que involucran el derecho a la salud.⁵ En líneas generales, tales trabajos, a partir de diferentes recortes de investigación, abordan el asunto de las limitaciones institucionales del Poder Judicial para decidir sobre derechos sociales, así como problemas de justicia distributiva que pueden generar estas decisiones tomadas en el contexto de casos individuales.

De forma general, estos estudios traen un diagnóstico compartido sobre las acciones llevadas a la justicia común, demandando cuestiones que involucran políticas de salud del Poder Ejecutivo. Dicho diagnóstico puede sistematizarse a partir de los siguientes tópicos: (1) el principal tema encontrado en las demandas analizadas está relacionado con pedidos de suministro de medicamentos; (2) la principal forma de proposición de las demandas es de tipo individual; (3) la gran mayoría de las acciones es juzgada como procedente. Los trabajos que analizan períodos mayores de tiempo muestran también que (4) el número de demandas viene creciendo. En aquellos trabajos

3 Debido a la limitación de espacio, en este artículo no es posible rehacer una exposición detallada de la literatura referida. Por este motivo, se expone aquí sólo una versión resumida. Por su parte, una versión completa puede ser encontrada en Fanti (2009) (<www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02032010-171419/>; (30.09.2011).

4 Como principales trabajos encontrados, se pueden citar Messeder/Osório-de-Castro/Luiza (2005); Scheffer/Salazar/Grou (2005); Marques/Dallari (2007); Viera/Zucchi (2007); Borges (2007); Viera (2008).

5 Como principales trabajos en el área del Derecho que estudian el tema, pueden ser citados: Ferreira et al. (2004); Lopes (2006); Terrazas (2008) y Wang (2009).

que buscan analizar la influencia de estas decisiones en las políticas de salud, se presentan indicios de que (5) existe una relación entre el crecimiento de las acciones juzgadas como procedentes y la inclusión de medicamentos en las listas de la política de asistencia farmacéutica del Sistema Único de Salud (SUS).

Por otro lado, si bien existen elementos comunes entre los diagnósticos de ambos campos disciplinares presentados, sus evaluaciones parecen distinguirse en lo que respecta a las críticas formuladas sobre la actuación del Poder Judicial en la decisión sobre demandas por medicamentos. La mayor crítica que viene de los trabajos del área de Salud Pública es la de que las cortes no tienen en cuenta decisiones de los gestores de salud relacionadas con la asignación de recursos, y también que la política de medicamentos estipulada no forma parte de una planificación mayor que busca atender a toda la comunidad. Otro argumento recurrente en los textos es que el Poder Judicial concede medicamentos únicamente con base en el derecho constitucional a la salud, sin tomar en cuenta criterios clínicos, técnicos o científicos, o incluso si hay –en la lista del SUS– algún medicamento equivalente a aquel demandado, por el que podría ser sustituido.

Sobre las investigaciones elaboradas en el campo del Derecho, los autores critican que las decisiones del Poder Judicial parecen distorsionar el carácter distributivo de las políticas de salud, en la medida en que beneficiarían capas de la población con mayores ingresos e información, generando beneficios sólo para quienes tengan acceso a las cortes. Los trabajos también señalan los efectos negativos de la demanda individual de asuntos relacionados con la salud, en la medida en que esta no sería la forma más adecuada para lograr que el Ejecutivo haga cambios significativos en la política pública. Existe también la crítica sobre que el Poder Judicial no tiene en cuenta las consecuencias económicas de los pedidos concedidos en sus fallos.

Sobre estas críticas, las cuales revelan un carácter fuertemente normativo, cabe hacer aquí algunas consideraciones. En general, los estudios presentados se enfocan en el análisis de datos sobre las acciones judiciales y sus resultados, dejando afuera un estudio más amplio sobre la estructura general de las demandas, involucrando las políticas de salud y de la influencia de las decisiones de la justicia común sobre estas.

Se puede decir que los artículos que hacen la crítica sobre el desconocimiento y la desconsideración de la política de asistencia farmacéutica por parte de la justicia común carecen de un estudio más profundo sobre el tenor de las decisiones para verificar si, de hecho, esta afirmación se sustenta. Además, la crítica que señala el beneficio de personas con mejores condiciones socio-económicas por los fallos viene, la mayoría de las veces, sin la compañía de estudios más enfáticos sobre los demandantes de estas acciones. Las críticas de que las acciones individuales son menos efectivas que las colectivas, para la readecuación de la política pública del Poder Ejecutivo, tampoco realizan estudios sobre las consecuencias de cómo se da la influencia de las decisiones relativas a estas en las propias políticas. Finalmente, tales críticas son, por lo general, dirigidas al Poder Judicial, sin tener en consideración un análisis más global sobre los demás actores involucrados en el fenómeno, imputando a las cortes una centralidad excesiva.

En este contexto, el presente artículo pretende desarrollar uno de los puntos centrales que se mostraron insuficientes en los análisis presentados, es decir, la falta de una sistematización de cuáles son las formas de accionamientos de la justicia común en los casos que involucran a la salud pública, cuáles son los actores más relevantes en el proceso y cuáles son los principales efectos de las decisiones en las políticas mencionadas. Son, justamente, estas cuestiones que serán delineadas a continuación.

3. Metodología de la investigación

Para que el objetivo arriba propuesto sea alcanzado, este trabajo se apoyó en tres fuentes de datos: (1) decisiones del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (TJ/SP) en acciones demandando el suministro de medicamentos desde el Municipio de São Paulo; (2) entrevistas con actores relevantes en este proceso; y (3) documentos recogidos con los entrevistados y datos secundarios presentados en la bibliografía específica sobre el tema.

Dichas decisiones judiciales fueron pronunciadas entre octubre de 2007 y diciembre de 2008 por las Cámaras de Derecho Público del TJ/SP y seleccionadas por medio del sistema de búsqueda dispuesto

en la página de la institución en Internet.⁶ Son fallos en grado de recurso sobre acciones propuestas contra el Municipio de São Paulo, cuestionando políticas sociales de salud. Fueron encontrados 191 fallos envolviendo cuestionamientos del derecho a la salud contra el Municipio de São Paulo, de forma aislada o en conjunto con el Estado de São Paulo. De estas, se optó la selección, para el análisis, de solamente las 132 apelaciones civiles encontradas, que son los fallos definitivos en grado de recurso en segunda instancia que discuten el mérito de la acción.

Las entrevistas, de cuño cualitativo, tuvieron el objetivo de profundizar la comprensión sobre las características de la demanda por políticas sociales municipales en la justicia común, enriqueciendo los datos recolectados con la lectura y el análisis de las sentencias finales y añadiendo nuevas informaciones a aquellas obtenidas junto a las decisiones del TJ/SP. En este contexto, la elección de los entrevistados se dio por la relevancia de los mismos en el proceso de demanda de cuestiones involucrando la política municipal de salud en la justicia común.

Se buscó, de este modo, en primer lugar, realizar entrevistas con el demandado por las acciones, es decir, el Municipio de São Paulo. Para esto, se buscaron informaciones en la Procuraduría General del Municipio (PGM) y en la Secretaría Municipal de Salud. La PGM es el órgano de la Intendencia Municipal responsable por, entre otras atribuciones, hacer su defensa en acciones judiciales en las que el Municipio sea o vaya a ser demandado. Se realizó una entrevista con Kátia Leite,⁷ Procuradora del Municipio que actúa en el Departamento Judicial de la PGM, llamado *Jud. 3*, una división interna de este departamento que cuida de la defensa del Municipio de São Paulo en los casos en el que este es demandado en recursos de amparo (en Brasil, *mandados de segurança*), acciones populares, solicitudes de órdenes judiciales preliminares (en Brasil, *liminares*), y *habeas data*, así como en acciones relativas a responsabilidad civil extracontractual, contractual y de competencia residual.

La Secretaría Municipal de Salud es el órgano de la Intendencia responsable por la gestión del Sistema Único de Salud (SUS), así

6 Véase <www.tj.sp.gov.br>. (30.09.2011).

7 Entrevista realizada el día 28 de abril de 2009.

como por la formulación e implantación de políticas, programas y proyectos conectados a la salud en el Municipio de São Paulo. Esta posee una estructura bastante compleja, formada por órganos de la administración directa, indirecta e instituciones pactantes y contratadas por el SUS. Tales órganos tienen como función la implantación de las directrices formuladas por la Secretaría Municipal de Salud.⁸ Es dirigida por el mismo Secretario Municipal de Salud y su gabinete es “responsable por la definición de políticas, normas e estándares para el área de salud del Municipio, en conjunto con el Consejo Municipal de Salud”, así como por el “establecimiento de sistemas administrativos de apoyo gerencial a los distritos de salud y de convenios de cooperación técnica, científica y administrativa con otros órganos e instituciones”.⁹ El gabinete del Secretario Municipal cuenta con varias asesorías para auxiliarlo en sus tareas.

Se realizó una entrevista con Adline Debus Pozzebon,¹⁰ que es Asesora Jurídica del gabinete del Secretario. La función de la Asesoría Jurídica es enviar las informaciones necesarias sobre la política de salud para que la Procuraduría General del Municipio haga su defensa, y enviar esas informaciones al Poder Judicial, cuando este las solicita, y viabilizar el suministro de los medicamentos e insumos cuando el Municipio de São Paulo es condenado a hacerlo.

Con respecto a los autores de las acciones, se seleccionaron los entrevistados en base al banco de datos formado por las decisiones arriba citadas. Como la página en Internet del TJ/SP no provee informaciones más específicas acerca de los proponentes de las acciones, se eligió entrevistar a sus representantes legales.

Analizando el citado banco de datos, se constató que ningún abogado había propuesto un número significativo de acciones, a excepción de un bufete de abogados que propuso 17 acciones. Este bufete, cuando se trató de consultarlo, no estuvo dispuesto a conceder una entrevista. Sin embargo, se puede afirmar que todas las acciones propuestas por éste se refieren a pedidos de cinco medicamentos de

8 Fuente: <www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/organizacao/index.php?p=1341>. (30.09.2011).

9 Fuente: <www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/organizacao/quem_e_quem/index.php?p=4696>. (30.09.2011).

10 Entrevista realizada el día 9 de junio de 2009.

alto costo,¹¹ utilizados principalmente para tratamientos de cáncer. El valor de mercado, por cada caja de estos medicamentos, varía entre 1.450,00 € y 3.800,00 €, siendo que uno de estos ni siquiera fue aprobado por la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA).

Como ya fue observado más arriba, el otro gran grupo de representantes legales de los autores de las acciones son la Procuraduría da Asistencia Judicial (PAJ) y la Defensoría Pública del Estado de São Paulo. La PAJ es un órgano vinculado con la Procuraduría General del Estado de São Paulo, y tiene por función prestar asistencia judicial gratuita a los ciudadanos de bajos ingresos que no puedan pagar un abogado “sin perjuicio del sustento propio o de su familia”.¹² En 2006, la Ley Complementaria del Estado de São Paulo n° 998 instituyó la Defensoría Pública, que pasó a ejercer las funciones antes realizadas por la PAJ, poseyendo los mismos criterios para brindar asesoramiento gratuito a la población.¹³ Cabe resaltar, no obstante, que dicha institución es autónoma con relación al Estado de São Paulo.

La Defensoría Pública, entre sus diversos sectores de atención, cuenta con uno que asume la función de representar a los ciudadanos que tengan demandas para ser propuestas contra el Estado de São Paulo y sus municipios, que es el llamado Sector de Hacienda Pública. Es, en el marco de este sector, que son propuestas las acciones que involucran el cuestionamiento de las políticas de salud del Municipio de São Paulo, objeto de este trabajo. En este sentido, se entrevistó a la Coordinadora del Sector de Hacienda Pública, Vânia Casal,¹⁴ responsable por la distribución de los casos entre los defensores.

Todavía teniendo en cuenta, como forma de selección de los entrevistados, que estos sean representantes de los autores de las acciones, la última persona entrevistada fue Cláudia Cimardi,¹⁵ quien era Procuradora del Sector de Hacienda Pública de la PAJ entre 1992 y 2006. Ella fue responsable por la proposición de 40 de las 131 ac-

11 Son estos medicamentos: Mabthera, Glivec, Exjade, Velcade y Revlimid.

12 Fuente: <www.pge.sp.gov.br/institucional/assistencia.htm>. (30.09.2011).

13 Fuente: <www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2868>. (30.09.2011).

14 Entrevista realizada el día 14 de octubre de 2009.

15 Entrevista realizada el día 23 de octubre de 2009.

ciones citadas arriba. Así, a partir de esta breve exposición de la metodología empleada en el artículo, se pasa a la presentación de los datos obtenidos y de los análisis realizados.

4. Contestación de las políticas municipales en juicio: formas y actores

Existen dos formas más acentuadas de accionamiento del Poder Judicial en asuntos relativos a las políticas municipales de salud. La primera de estas formas se configura en la utilización de la justicia común como medio de forzar al Poder Ejecutivo para garantizar derechos sociales. Esta forma se puede dar de dos maneras: por la vía individual, o sea, el ciudadano utiliza procedimientos comunes para proponer la acción y demandar sus derechos en juicio; y por la vía colectiva, realizada por el Ministerio Público (MP) y por la Defensoría Pública al proponer acciones civiles públicas en nombre de un grupo de individuos. La segunda forma se constituye a partir del cuestionamiento directo de la política municipal con respecto a su constitucionalidad, por medio de una acción civil pública (ACP) o una acción directa de inconstitucionalidad (ADIN) de la ley municipal, en la justicia común. Hecha esta breve introducción general, sigue, entonces, la presentación más detallada de cada una de las formas arriba descritas.

4.1 Enforcement de derechos: formas individuales

La forma más común de demandar al Municipio de São Paulo en cuestiones relacionadas con políticas de salud es aquella realizada por el ciudadano individualmente, mediante procedimientos comunes, con el objetivo de efectivizar el derecho a la salud.

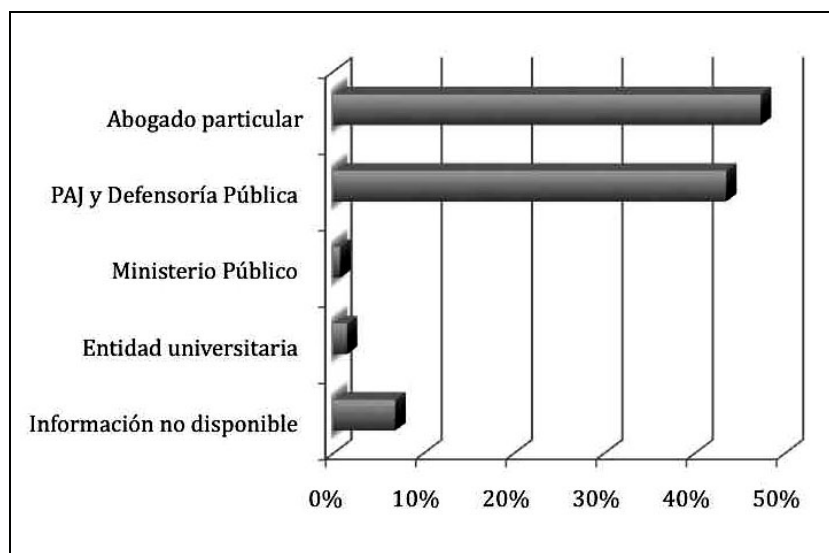
Por *procedimientos comunes* se entienden aquí los que pueden ser usados por cualquier persona sin que haya necesidad de legitimidad específica para la proposición de la acción, como es exigida, por ejemplo, en acciones relativas al control de constitucionalidad concentrado o incluso en la acción civil pública. Las dos acciones más usadas en el caso de demanda de medicamentos o insumos son el

recurso de amparo (*mandado de segurança*)¹⁶ y la acción de rito ordinario.¹⁷

La proposición de ambos tipos de acción arriba descritos exige que los autores tengan asesoría jurídica de abogados particulares o de entidades que presten asistencia judicial gratuita. A partir de las informaciones dispuestas por el TJ/SP sobre las decisiones aquí analizadas, es posible identificar el tipo de representación legal utilizado por los autores: de las 131 acciones analizadas, 62 fueron propuestas por abogados particulares, 57 por la PAJ o por la Defensoría Pública del Estado de São Paulo, una por el Ministerio Público estatal, dos por entidades de asesoría jurídica prestadas por facultades de Derecho y las nueve restantes no pudieron ser identificadas (ver gráfico 1). Con excepción de los abogados particulares, las instituciones citadas tienen en cuenta la falta de recursos del autor como criterio para proponer la acción en su nombre.

16 El recurso de amparo es un tipo de acción previsto constitucionalmente, que tiene como objetivo proteger el *derecho líquido y cierto*, “cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder [que amenace dicho derecho] fuera una autoridad pública o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público”. O sea, el recurso de amparo es la acción destinada “a ofrecer, con prontitud, una tutela contra actos estatales que violan derechos líquidos y ciertos, y con esto, recomponer el deseado equilibrio entre la autoridad ejercida por el Estado y los principios garantizadores de la ciudadanía y del patrimonio” (Dinamarco 2002, vol. III, pp. 739-740; traducción propia).

17 La acción de rito ordinario es aquella utilizada como garantía de un derecho o cumplimiento de una obligación civil, “de aplicabilidad general a todas las causas para las cuales la ley no determine la aplicación de algún otro [procedimiento]” (Dinamarco 2002, vol. III, p. 345). La acción de rito ordinario, con las modificaciones impuestas por la Reforma del Código Procesal Civil en 1994, pasó a dar la posibilidad de que el autor pida la tutela anticipada del objeto de la acción. Tal tutela tiene como objetivo ‘neutralizar los efectos maléficos del transcurso del tiempo sobre los derechos’, ofreciendo al autor de la acción, “desde luego, el goce integral o parcial del propio bien o situación por la que litiga” (Dinamarco 2002, vol. III, p. 161).

Gráfico 1: Asesoría Jurídica del autor de la acción

Fuente: Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo.

Si se consideran solamente las acciones en las que puede ser identificada la representación jurídica del autor, se puede afirmar que en el 51% de los casos, los proponentes de las acciones usaron abogados particulares, y en el 49% restante, usaron la asesoría jurídica gratuita. Dichos datos señalan que, por lo menos, la mitad de ellos cuenta con bajos ingresos, según los criterios de selección de las instituciones citadas.

Con relación al pedido de las acciones, se puede decir que la cuestión más demandada en juicio es la del suministro de medicamentos e insumos. De acuerdo con Cláudia Cimardi, tales demandas empezaron siendo dirigidas al Poder Judicial, alrededor de 1998, en pequeña cantidad, con un volumen creciente a lo largo del tiempo, llegando a tres o cuatro acciones propuestas por día contra el Municipio y el Estado de São Paulo en 2006. Según Kátia Leite, procuradora del Municipio de São Paulo, desde el comienzo de este proceso hasta alrededor de 2005, los medicamentos más pedidos eran aquellos relacionados con el tratamiento de la diabetes, siendo que la mayor parte de esas demandas eran conducidas por la PAJ. Aún en 2005,

cuando el Municipio pasó a distribuir un *kit diabetes*,¹⁸ compuesto por medicamentos e insumos para el tratamiento de la enfermedad, el número de acciones con ese tipo de demanda cayó de manera considerable.

Conforme a Kátia Leite, el estándar actual de acciones que se refieren a la diabetes son de personas que ni siquiera buscaron la red pública de salud para la recepción del *kit*, accionando directamente al Judicial, o son acciones que se refieren a pedidos de medicamentos e insumos de valor elevado que no están contenidos en la política de asistencia farmacéutica. Entre estos, el caso más relevante sería el de pedidos por *bombas de infusión* de insulina, que llegan a costar cerca de 6.270,00 € por mes. En el caso de este tipo de pedidos, la demanda ya no llega mediante la Defensoría Pública, sino por medio de abogados particulares, con presentación de prescripciones médicas y exámenes de hospitales y laboratorios privados de alto costo. Queda claro, entonces, el cambio del parámetro del demandante en el caso de pedidos de tratamiento de diabetes, que parecen ser de personas con mejores condiciones financieras y que tienen acceso a informaciones de que existen tratamientos más modernos.

Según Kátia Leite y Adline Pozzebon, otro tipo de pedido muy frecuente en las acciones es el de medicamentos de alto costo para el tratamiento de enfermedades como cáncer y hepatitis C. De acuerdo con las entrevistadas, en general tales medicamentos son bastante onerosos, con precios que varían, en promedio, entre los 1.350,00 € y los 2.240,00 € por mes y, en algunos casos, hay dificultades para su importación, o incluso aún no hay registro en la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA). Por lo general, dichas acciones también serían propuestas por abogados particulares. En este caso, aún sería común que el Estado de São Paulo y el Gobierno Federal sean demandados conjuntamente con el Municipio. Las acciones en que el Gobierno Federal es demandado deben ser juzgadas por la Justicia Federal. En los casos en que solamente el Municipio y el

18 Uno de los cambios sucedidos por la distribución del *kit diabetes* fue que, antes de su distribución, los pacientes del SUS tenían que ir hasta las Unidades Básicas de Salud para realizar la medición de glucemia. Con la distribución de dicho *kit*, pasó a ser entregado a los pacientes un aparato de medición de glucemia y los demás medicamentos e insumos para aplicar la insulina, para que el paciente haga ese procedimiento en su domicilio.

Estado aparecen como partes pasivas de la acción, la competencia para su sentencia es la justicia común. Ambas entrevistadas, incluso, remarcaron que el suministro de medicamentos de alto costo no es de responsabilidad municipal, ya que el Municipio no recibe recursos del SUS para la compra de ese tipo de productos.

Conforme a todas las entrevistadas, otra importante demanda en acciones contra el Municipio es la de los pañales geriátricos para niños con parálisis cerebral, ancianos o personas con mal de Alzheimer. El número elevado de acciones pidiendo dicho insumo se debe, según Vânia Casal, al hecho de que tales pañales son recurrentemente prescritos por médicos de la red municipal de salud; no obstante, no se encuentran en la lista de insumos suministrados de acuerdo a la política de salud. Las entrevistadas afirmaron que la mayor parte de los pedidos de medicamentos e insumos realizados mediante acciones es concedida por los jueces. Sin embargo, parece existir una modificación en el parámetro de dichas decisiones. Según Kátia Leite, ha aumentado el número de fallos que dan procedencia parcial al pedido del autor, lo que significa que la concesión de medicamentos e insumos es realizada con algunas limitaciones. Como ejemplo de esto, se pueden citar: el condicionamiento de la entrega del medicamento a la presentación de la prescripción de una receta médica actualizada donde conste el nombre del autor de la acción, para que se compruebe que el medicamento todavía es necesario; la limitación del suministro de los medicamentos sólo a aquellos descritos en la petición inicial, y no a “todos aquellos que el autor vaya a necesitar”, como está dispuesto en algunas decisiones; y la sustitución, cuando sea posible, del medicamento pedido en la acción por el correspondiente que conste en la lista de medicamentos de la política pública. El intento de que el juez falle de manera parcialmente procedente ha sido una de las estrategias de la Procuraduría General del Municipio en su defensa, ya que el modelo anterior de las decisiones era el de concesión integral del pedido del autor. En otras palabras, la PGM, al defender al Municipio en tales acciones, pide subsidiariamente que, en caso de que la acción sea juzgada como procedente, el juez limite el pedido del autor a los medicamentos descritos en la petición inicial o, de ser posible, que estos sean distribuidos por el SUS.

La pericia médica para verificar la necesidad y la adecuación del medicamento demandado ha sido más comúnmente usada por los jueces federales (o sea, cuando el Gobierno Federal también está en el polo pasivo de la acción), principalmente en los casos de medicamentos de alto costo. Kátia Leite y Adline Pozzebon rubricaron que, cuando una nueva acción de pedido de medicamentos llega a la Justicia Federal, es común que el juez envíe un oficio para la PGM para que esta se manifieste en 72 horas informando si el medicamento está incluido en la política de asistencia farmacéutica del Municipio y si está regularizado por la ANVISA. Posteriormente, los magistrados solicitan una pericia médica para evaluar si aquel medicamento específico es el adecuado para la realización del tratamiento de la enfermedad que el autor acomete. Los jueces buscan saber si el autor ya hizo uso de tratamientos suministrados por la red pública que no surtieron efecto y si existe alguna posibilidad de sustituir el medicamento solicitado por otros que sean suministrados por el SUS. Según Kátia Leite, la Justicia Federal se ha empeñado en establecer criterios objetivos para la toma de decisiones. De acuerdo con la entrevistada, esto no se observa en la justicia común, en la medida en que sería rara la solicitud de informaciones sobre el caso y de pericia médica para la concesión del pedido.

Otra cuestión que envuelve a la demanda individual por medicamentos tiene que ver con el alto número de acciones que solicitan tratamientos que ya están incluidos en la política municipal de salud. Las entrevistadas presentan explicaciones diferentes sobre este fenómeno. Kátia Leite y Adline Pozzebon consideran que esto sucede así porque los autores no quisieron someterse a los procedimientos administrativos exigidos por la red pública de salud para el suministro del medicamento, o porque hay falta de información por parte de los proponentes de las acciones, quienes no conocen los servicios de salud que ya son ofrecidos. Por su parte, Vânia Casal y Cláudia Cimardi creen que este hecho se debe a fallas en el suministro de medicamentos en las Unidades de Salud o a las informaciones incorrectas del lugar de retiro de medicamentos dadas a los pacientes del SUS.

Hecha esta presentación general de las características de las demandas individuales por medicamentos e insumos, se pasa a la des-

cripción de la forma colectiva de demanda de las políticas de salud del Municipio.

4.2 Enforcement de derechos: formas colectivas

La investigación en el banco de datos del TJ/SP, sobre decisiones que involucran políticas de salud del Municipio de São Paulo, encontró una sola proposición colectiva con respecto al tema: una acción civil pública de autoría del Ministerio Público estatal pidiendo la reforma de una sala de primeros auxilios municipal. Se cree que se obtuvo este resultado por el hecho de que las decisiones que componen el banco de datos del TJ/SP corresponden a apenas el cinco por ciento de los casos juzgados por el Tribunal, sin que haya criterios objetivos para la elección de los mismos. De esta forma, se buscó, complementariamente, explorar más el campo de la demanda colectiva en el área de salud por medio de entrevistas, en la medida en que los datos hasta entonces obtenidos se mostraron limitados para el entendimiento de la cuestión. El indicio de una menor utilización de la acción colectiva como estrategia jurídica fue confirmado por todas las entrevistadas.

La acción civil pública es la principal forma para demandar cuestiones que involucren políticas de salud de forma colectiva. La demanda colectiva envolviendo políticas municipales de salud es realizada, mayoritariamente, por el Ministerio Público, y en número bien menor por la Defensoría Pública (o anteriormente a su creación, por la PAJ). No existe proposición de acciones civiles públicas por parte de asociaciones vinculadas con la salud. En algunos casos, lo que ocurre es que esas asociaciones procuran al Ministerio Público para que sea este quien proponga acciones civiles públicas relacionadas con sus demandas.

Otra diferencia que se puede apreciar entre las acciones colectivas y las acciones individuales se relaciona con el objeto que estas demandan. Como ya fue afirmado, la única acción de carácter colectivo encontrada en el banco de datos elaborado, fue una acción civil pública propuesta por el Ministerio Público contra el Municipio de São Paulo, que tuvo como pedido “sanar las irregularidades constatadas por el Consejo Regional de Medicina en la Sala de Primeros

Auxilios Dr. José Sylvio de Camargo”.¹⁹ Tal acción fue juzgada como procedente en primera instancia, decisión que fue confirmada en el fallo del TJ/SP. Adicionalmente, Kátia Leite informó que existen otras acciones civiles públicas con el mismo perfil que demandaban la realización de obras de infraestructura necesarias en determinadas unidades y hospitales de la red de salud pública del Municipio de São Paulo, también propuestas por el Ministerio Público. Según ella, en general, dichas acciones, fueron juzgadas como procedentes por el Poder Judicial y, no obstante, trajeron “dificultades de ejecución”, en la medida en que habían pedido muchos genéricos y era necesaria la asignación de una gran suma de recursos para esto. Adline Pozzebon también relató que hay una acción civil pública²⁰ que fue propuesta en abril de 2008 por el Ministerio Público Federal contra el Gobierno Federal, el Estado y el Municipio de São Paulo, demandando la implantación de 57 Centros de Atención Psicosocial (CAPs) y 28 Residencias Terapéuticas en el período de dos años en la ciudad de São Paulo. Tal acción fue juzgada como procedente en primera instancia. Por estos casos, se puede inferir que las acciones civiles públicas permiten a las cortes la posibilidad de apreciar otras demandas, diferentes de las relacionadas con el suministro de medicamentos e insumos, tales como los referidos pedidos de mejora y ampliación de las unidades de salud de la red municipal. Dichas acciones han sido, por regla general, juzgadas como procedentes.

La constatación de que las acciones colectivas traen objetos distintos al de suministro de medicamentos e insumos puede ser confirmada por un trabajo realizado por Daniel Wang (2009). En efecto, su investigación se destinó al estudio de las acciones civiles públicas propuestas por la Fiscalía de Salud Pública del Ministerio Público del Estado de São Paulo, entre 2000 y 2008. Durante este período, fueron propuestas 62 acciones civiles públicas por dicha Fiscalía, siendo que, de estas, 32 “tutelaban el derecho a la salud por medio de la exigencia de acción del Estado que implicase gastos públicos” (Wang 2009: 72). Entre estas últimas, el 28% (nueve acciones) tra-

19 Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Sexta Cámara de Derecho Público, Apelación Civil con Revisión nº 729.063-5/0-00, juzgada el día 2 de junio de 2008, Relator Sidney Romano dos Reis.

20 Acción Civil Pública. 19º Juzgado en lo Civil Federal de la Capital/ São Paulo. Proceso nº 2008.61.00.012274-9.

taban sobre pedidos de medicamentos e insumos, el 66% (21 acciones) se referían a pedidos de solución de problemas de infraestructura y falta de profesionales y recursos en unidades públicas de salud, hospitales, salas de primeros auxilios y unidades básicas de salud, y el restante seis por ciento demandaba sobre otros asuntos (Wang 2009: 73). En relación a los resultados de dichas acciones, Wang señala que, en siete de las nueve acciones civiles públicas que solicitan medicamentos, existen informaciones sobre la concesión de orden judicial preliminar: en cinco fueron concedidas y, en dos, no. En cuanto a las acciones que tratan sobre mejoras en el funcionamiento de unidades públicas de salud, en los 13 casos en que hay información sobre el resultado de la demanda, se sabe que nueve fueron juzgadas como procedentes, y cuatro no (Wang 2009: 74).

Según Wang, además de la Fiscalía de Salud Pública, otras dos fiscales actúan en el área tutelar del derecho a la salud en el marco del Ministerio Público del Estado de São Paulo: la Fiscalía de Personas con Capacidades Diferentes y la Fiscalía de la Infancia y la Juventud. La diferencia entre las tres se da en la medida en que, mientras que la primera propone acciones civiles públicas con carácter colectivo, las otras dos trabajan, en general, con casos individuales, siendo que la

actuación en el área de salud [de estas fiscalías] es cada vez más residual, ya que el procedimiento estándar es que las demandas por medicamentos o tratamientos médicos sean enviados a la Fiscalía de Salud Pública (Wang 2009: 68-69).

Wang encontró 19 acciones propuestas por dichas fiscalías, siendo sólo dos referentes a casos colectivos.²¹ Según el autor, tales acciones civiles públicas tuvieron buena receptividad en el Poder Judicial, siendo que “de los 17 procesos en que existe información sobre la concesión o no de órdenes judiciales preliminares, en apenas una ocasión ésta no fue concedida” (Wang 2009: 71).

El autor, todavía, indica que otra forma importante que tiene la Fiscalía de Salud Pública para accionar al Poder Ejecutivo son las

21 Según el autor, en lo relativo al tema de dichas acciones civiles públicas, “[u]na se refiere a la falta de tratamientos y medicamentos en la red pública para pacientes portadores de epilepsia, y la otra se refiere a la implantación del Servicio de Atención Móvil de Urgencia (SAMU) en la región del Barrio de Engenheiro Marsilac” (Wang 2009: 69).

investigaciones civiles públicas. Estas se configuran en un intento de solución del problema todavía en fase administrativa, conducida por el Ministerio Público, para la investigación y el esclarecimiento de los hechos relacionados con la demanda, anteriormente a la proposición de una acción civil pública (Ley n° 7.345/85, párrafo primero del artículo 8°). En el caso de que haya acuerdo entre las partes, o cuando no existan pruebas suficientes para la consideración de la acción civil pública, la investigación civil pública es archivada sin que se llegue a su proposición (Ley n° 7.345/85, artículo 9°, encabezado). Wang señala que, entre 2006 y 2008, hubo 66 acciones archivadas, siendo que 35 de estas trataban sobre asuntos relacionados con la prestación de servicios de salud. Entre estos casos, el mayor número (once casos) se refiere a “irregularidades en unidades de salud (infraestructura, atraso en la atención de pacientes, falta de profesionales y materiales)”. Las cuestiones relativas al suministro de medicamentos e insumos sumaron nueve casos (Wang 2009: 76).

El autor presenta, además, los motivos por los cuales dichas investigaciones civiles públicas fueron archivadas: en el 59% de los casos, fue por el cumplimiento del pedido del Ministerio Público; en el 20%, no fue constatado el problema investigado; en el 6%, se dio así debido a la presentación de algún plan del Poder Ejecutivo para solucionar el problema; en otro 6% de los casos, ya existe un esfuerzo por parte del Poder Ejecutivo para atender el pedido; en el 5%, hay incompetencia del Ministerio Público para demandar la cuestión en juicio; y en el restante 3% de los casos, no fue identificado el motivo por el que las investigaciones civiles públicas fueron archivadas (Wang 2009: 78).

A partir de estos resultados, Wang señala una tendencia de disminución en el número de acciones propuestas por la Fiscalía de Salud Pública y de aumento en el número de investigaciones civiles públicas archivadas sin la proposición de acciones. Por lo tanto, existen indicios de que sea creciente el uso de “formas y soluciones de conflictos prejudiciales”, en las que “el asunto se resuelve sin necesidad de acción judicial, pero con la posibilidad de usarla como poder de negociación en reuniones con el poder público” (Wang 2009: 67).

Aún en lo relativo a demandas llevadas al Poder Judicial que no tenían como objeto el suministro de medicamentos e insumos, Vânia Casal informó que la Defensoría Pública propuso dos accio-

nes civiles públicas bregando por mejoras o por la continuidad en la prestación de servicios de salud en la red pública, una contra el Estado de São Paulo y la otra contra el Municipio. La primera fue propuesta en abril de 2009, conjuntamente con el Ministerio Público, y fue motivada por una remodelación en las actividades del Hospital Brigadeiro hecho por la Secretaría de Salud del Estado de São Paulo, debido a reformas que allí serían realizadas. Dicha remodelación transfirió a distintas unidades del sistema público de salud la atención que era efectuada en el Sector de Endocrinología del Hospital. Sin embargo, allí eran prestados servicios de endocrinología altamente especializados que no tenían cómo ser provistos en nuevos locales. El pedido de la acción es justamente el de que tal atención fuera mantenida. Esta acción aún está en proceso, siendo desatendido el pedido de los autores de una orden judicial preliminar, después de no haberse logrado una conciliación entre las partes en una audiencia específicamente convocada a tal efecto por el juez entendido en la causa.

La otra acción civil pública fue propuesta por la Defensoría contra el Municipio de São Paulo en marzo de 2009 y tenía como objetivo la solución de la inadecuación de la prestación del servicio de salud en la región sur de la ciudad que, a pesar de concentrar un gran número de ciudadanos “en situación de vulnerabilidad en diferentes aspectos”, no presenta Unidades Básicas de Salud y Servicios Ambulatorios de Especialidades en número suficiente para atender la demanda de la región, y así terminan ofreciendo un “servicio de atención de salud extremadamente demorado, deficiente y desprovisto de información al usuario”. En este contexto, el pedido de la acción era que fuera concedida una orden judicial preliminar para que, en el plazo de 90 días, fuesen realizados los exámenes, consultas y cirugías de pacientes en espera mayor a 90 días en la red pública municipal de salud de la región sur de la ciudad. Si la atención solicitada no fuera brindada, el pedido era que el Municipio costeara los gastos de este servicio en la red privada de salud.²² La acción fue desestimada sin el juicio de mérito, porque el juez entendió que la Defenso-

22 Datos retirados de la sentencia proferida sobre el caso en el 7° Juzgado de Hacienda Pública del Foro Central, Comarca de la Capital/ São Paulo, el día 13 de abril de 2009, en el proceso número 053.09.009867-9.

ría Pública no tiene legitimidad para proponer la acción, en la medida en que el objeto tutelado, o sea, intereses difusos que serían efectivizados con obligación de hacer, tienen su protección reservada al Ministerio Público. Según Vânia Casal, la Defensoría Pública apeló la decisión, que por el momento aguarda su envío al TJ/SP. Según la entrevistada, a pesar de que han llegado nuevas demandas para la proposición de otras acciones civiles públicas al Sector de Hacienda Pública de la Defensoría, esto no sucede por falta de estructura para tal fin. Dicha unidad es pequeña, compuesta por sólo cinco defensores, y en promedio cada uno de ellos se encarga de entre 1.100 y 1.200 casos sobre diferentes temáticas. Casal explica que, para que las acciones civiles públicas sean propuestas, es necesario que se realice un estudio extenso sobre la demanda a ser tratada. Como el trabajo cotidiano del Sector es bastante intenso, faltan funcionarios para que dichas demandas sean juzgadas.

Un intento de resolver el problema, de acuerdo con Vânia Casal, ha sido realizar convenios entre la Defensoría y el Ministerio Público para la presentación de las acciones civiles públicas. Ella cuenta que el caso del Hospital Brigadeiro fue el primer trabajo conjunto entre las dos instituciones. Otro ejemplo de los convenios entre las dos instituciones, según la entrevistada, es el proyecto de proponer una acción civil pública para luchar por la provisión de pañales para personas con retraso mental que los necesitan.

Aunque, en su mayor parte, las acciones colectivas propuestas contra el Municipio de São Paulo tengan como objeto otras demandas diferentes al suministro de medicamentos e insumos se observó la existencia de algunas de estas. Según Adline Pozzebon, hay cuatro acciones civiles públicas propuestas por la Fiscalía de la Infancia y la Juventud del Ministerio Público con el pedido de suministro de dietas nutricionales para grupos de niños. Tales acciones fueron propuestas entre mayo de 2006 y abril de 2007, y tuvieron órdenes judiciales preliminares concedidas por el Poder Judicial. Adline Pozzebon informa, además, que el Estado posee un programa para el suministro de dichas dietas, y recibe transferencias de recursos para su costeo. En este caso, como tales acciones fueron propuestas conjuntamente contra los dos entes de la Federación y la orden judicial preliminar determinó el suministro, el Municipio tuvo que cargar con los gastos de la compra de dichas dietas, aún sin recibir

dinero específico para esto. Con eso la Secretaría Municipal de Salud tuvo que utilizar recursos de otros programas para el cumplimiento de la decisión judicial, lo que trajo perjuicios en lo relacionado con otras inversiones en el área de salud que podrían haber sido realizadas. La entrevistada destaca, asimismo, que si la demanda hubiera sido direccionada sólo contra el Estado de São Paulo, no hubieran existido perjuicios de esa naturaleza para dicho ente, debido a que este posee un programa organizado para tal fin, con dinero asignado específicamente para este objetivo.

Otra acción colectiva con pedido de medicamentos e insumos, citada por Adline Pozzebon, fue propuesta por la Fiscalía de Salud Pública del Ministerio Público en nombre de los pacientes del SUS portadores de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica.²³ El pedido se refiere al suministro, por parte del Municipio, no sólo de medicamentos e insumos, sino también de oxígeno para ser consumido por los portadores de dicha enfermedad en sus domicilios. Según la entrevistada, tal tratamiento ya es dispuesto por el Municipio. En el caso de esta acción, la orden judicial preliminar fue juzgada favorablemente al pedido del Ministerio Público, y el Municipio está buscando hacer un acuerdo con esta institución, en el contexto de la propia acción civil pública.

Finalmente, según lo citado por todas las entrevistadas, existe, aún, una acción civil pública bregando por medicamentos e insumos para el tratamiento de diabetes, propuesta por la PAJ en enero de 2005. Dicha acción parece tener relevancia acentuada, no sólo por la centralidad que la cuestión de la diabetes tiene en las acciones demandando políticas de salud en el Municipio de São Paulo, sino también por la dimensión y la cobertura del pedido. Esta acción tiene como demandados al Estado y al Municipio de São Paulo y pide la condena de ambos entes en la

obligación de dar, gratuitamente, a las personas residentes en el Municipio de São Paulo, que comprueben el diagnóstico de DIABETES, independientemente de la clasificación de éstas, conforme a la prescripción médica, en la cantidad y periodicidad indicada individualmente, de forma continua, regular y sin interrupciones, de:

23 Acción Civil Pública. 12º Juzgado de Hacienda Pública, Foro Central, Comarca de la Capital/ São Paulo, proceso número 053.020308-0.

1. todos los medicamentos para el control y tratamiento de diabetes y/o de las enfermedades y/o disfunciones de órganos derivados de este síndrome;
2. todos los insumos necesarios para el control del nivel de glucemia, especialmente insulinas de todas las especies, que sean necesarias para el diabético, en conformidad con la indicación médica (humanas y animales, de acción ultra-rápida, rápida, intermedia, prolongada, lenta, ultra-lenta, premezclada y otras);
3. todos los productos de autocontrol del nivel de glucemia, especialmente aparatos portátiles medidores (glucómetro), cintas reactivas descartables para el aparato medidor de glucemia y acetonemia, lancetas;
4. todos los productos de autoaplicación de medicamentos y de insulinas que sean prescritos a los diabéticos, especialmente jeringas y agujas adecuadas.

La acción fue juzgada como procedente en primera instancia. Sin embargo, sólo será ejecutada si se mantiene la decisión en las instancias superiores y cuando no haya más posibilidades de recurso, o sea, cuando “transite en juzgado”. La condena del Estado y del Municipio se dio en los términos del pedido realizado en la petición inicial, arriba transcrito, sin que se limite su objeto. Ambos apelaron la decisión y la acción está siendo evaluada por el TJ/SP.

De acuerdo con Cláudia Cimardi, que fue una de las procuradoras que propuso dicha acción civil pública, la decisión de entrar con el referido pedido se realizó por la gran demanda que llegaba a la Procuraduría, por parte de personas que tenían dificultad para acceder a los medicamentos e insumos para el tratamiento de la diabetes. Según la entrevistada, los casos ya habían sido resueltos efectivamente mediante la demanda individual, y juzgados, en regla, como procedentes. Por lo tanto, la acción también tuvo el objetivo de presionar al Estado y al Municipio para que organicen mejor el servicio de suministro de medicamentos e insumos para la diabetes como un todo, tornándolos regularmente más eficientes. Cimardi cree, incluso, que es posible que, cuando la acción civil pública sea juzgada definitivamente, el problema que le dio razón de ser ya haya sido resuelto. Esto es así porque, a lo largo del tiempo, con las innumerables acciones individuales juzgadas como procedentes, el servicio fue tornándose mejor, con menos fallas.

4.3 Argumentación sobre la constitucionalidad de políticas municipales de salud

Esta forma de accionamiento del Poder Judicial se diferencia de las otras dos formas expuestas anteriormente, porque la acción propuesta no busca la efectucción del derecho a la salud, sino la suspensión de la política pública formulada por el Poder Ejecutivo. Este es un medio negativo de debatir la política municipal de salud, ya que no se da por vía del *enforcement* de derechos, sino por el intento de frenar la política mediante la discusión de su constitucionalidad. En base a los datos recogidos, hay indicios de que esta no es apenas la forma menos utilizada de cuestionamiento de políticas municipales de salud, sino también la que tuvo menos éxito en su apreciación por la justicia común. A través de las entrevistas, se llegó a sólo dos ejemplos de esta forma de cuestionar la política municipal en juicio: una acción directa de inconstitucionalidad de la ley municipal y una acción civil pública, ambas juzgadas como improcedentes.

Ambas acciones tenían como objetivo cuestionar la orientación dada por la gestión del Intendente Gilberto Kassab a la política municipal de salud, a través de la que realizó la contratación de las llamadas *Organizaciones Sociales* para la gestión de una parte de la red pública de salud. De acuerdo con el artículo 1º de la Ley Municipal nº 14.132, de 2006, son calificadas como *Organizaciones Sociales*, por el Poder Ejecutivo, las “personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyas actividades sean dirigidas a la salud”. Conforme al Diario *Folha de São Paulo*, hasta septiembre de 2009 había un total de nueve contratos firmados por la Intendencia Municipal con ocho *Organizaciones Sociales* para realizar la gestión de 119 unidades de salud de la red municipal, entre AMAs (unidades de Asistencia Médica Ambulatoria), UBSs (Unidades Básicas de Salud) y el Programa de Salud de la Familia, además de los Hospitales de Cidade Tiradentes y de M’Boi Mirim.²⁴ El citado diario también informó que “teniendo en cuenta sólo el primer semestre de 2008, de los 985 millones de Euros dirigidos en el área de salud, 276 millones fueron gastados en esas contrataciones”. El mismo modelo es adop-

24 “Juíza proíbe entidades privadas de gerir AMAS”. Diario *Folha de São Paulo*, edición del día 9 de septiembre de 2008, Suplemento “Cotidiano”.

tado por el Gobierno del Estado de São Paulo para la gestión de hospitales.

En este contexto, fueron propuestas dos acciones en la justicia común en la tentativa de frenar tal política de salud de la administración de Kassab, con base en el argumento de que esta es inconstitucional, porque la Ley que la regula no precisa de licitación para la celebración de tales contratos de gestión, lo que sería indispensable en la medida en que se trata de ejecución de actividades de interés público. La primera de estas acciones es una acción directa de inconstitucionalidad de la ley municipal,²⁵ propuesta por el Directorio Estadual del Partido de los Trabajadores (PT), cuestionando la constitucionalidad de la ya referida Ley Municipal nº 14.132 en relación con la Constitución del Estado de São Paulo. La acción fue juzgada como improcedente en febrero de 2007. La otra se trata de una acción civil pública propuesta por el Ministerio Público del Estado de São Paulo contra el Municipio en mayo de 2006 alegando la inconstitucionalidad y la ilegalidad de la creación de las unidades de Asistencia Médica Ambulatoria (AMAs) por la Intendencia Municipal en la medida en que se firman contratos con las Organizaciones Sociales para su gestión sin tenerse en cuenta las reglas de licitación y de concurso público. De la misma manera, tal acción fue juzgada como improcedente en primera instancia en noviembre de 2007 y en este momento se encuentra en procesamiento de los recursos en el TJ/SP.

Vale decir que este mismo caso fue propuesto en 2006 contra el Municipio de São Paulo por el Ministerio Público Federal, habiendo sido juzgado como procedente en primera instancia por la Justicia Federal en agosto de 2008. No obstante, la sentencia aún no fue ejecutada, o sea, no hubo suspensión de los contratos firmados entre las Organizaciones Sociales y la Intendencia Municipal de São Paulo, estando el caso en juzgamiento de recurso en el Tribunal Regional Federal.²⁶ Aún cabe mencionar que las *Organizaciones Sociales* ya habían sido instituidas por la Ley Federal nº 9.637, de 1998, durante el gobierno del expresidente Fernando Henrique Cardoso. La consti-

25 Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Acción Directa de Inconstitucionalidad de la Ley nº 130.726-0/7-00, Relator: Juez Renato Nalini.

26 “Juíza proíbe entidades privadas de gerir AMAS”. Diario *Folha de São Paulo*, edición del día 9 de septiembre de 2008, Suplemento “Cotidiano”.

tucionalidad de dicha Ley está siendo cuestionada desde 1998 en el Supremo Tribunal Federal, mediante una Acción Directa de Inconstitucionalidad propuesta por el Partido de los Trabajadores (PT) y por el Partido Democrático Laborista (PDT), con un rechazo a la orden judicial preliminar que pedía la suspensión inmediata de tal Ley.

5. Efectos de las decisiones de la justicia común en la política municipal de salud

Algunos de los trabajos que tratan sobre la cuestión de la influencia del Poder Judicial en las políticas de salud señalan la existencia de una relación entre el aumento de la demanda por ciertos medicamentos a través de la justicia común y la inclusión de estos en la política pública del Poder Ejecutivo (Messeder/Osório-de-Castro/Luiza 2005), así como también que la demora en la inclusión de tratamientos más modernos en las políticas generan el aumento de tales acciones (Scheffer/Salazar/Grou 2005). Las entrevistas realizadas en este estudio llevan a la misma inferencia de que la presión hecha mediante acciones judiciales por ciertos medicamentos, combinadas con el alto número de pleitos juzgados como procedentes, de hecho, generó efectos sustantivos en las políticas municipales de salud.

El caso más evidente es, de acuerdo con las entrevistadas, el de la política de diabetes. Por un lado, la inclusión en la política de distribución de un *kit diabetes* con no sólo medicamentos, sino también con insumos para medir la glucosa del paciente, generó una disminución en el número de acciones, así como una alteración en el tipo de demandas enviadas al Poder Judicial. También existen indicios de que el alto número de acciones hizo que dicha política se tornase más eficiente con el paso del tiempo.

En el mismo sentido, el alto número de condenas en acciones demandando el suministro de pañales descartables, basadas en prescripciones provenientes, en su mayoría, de médicos de la propia red municipal de salud, hizo que los gestores del área de salud del Municipio de São Paulo planearan la creación de una política para atender tal demanda. Esto se puede explicar, según Adline Pozzebon, por ser menos costoso para el Municipio adquirir tales productos en grandes cantidades, por medio de licitación y suministrarlos regularmente, que

hacer la compra en pequeños lotes para hacer frente a la atención de las demandas individuales concedidas por medio de las decisiones judiciales.

Sin embargo, la influencia de la gran cantidad de decisiones juzgadas como procedentes en las políticas de salud, motivada mayoritariamente por demandas individuales como ya fue demostrado, no puede ser explicada solamente en términos de la inclusión de medicamentos e insumos en las listas oficiales. Otro importante efecto de este fenómeno fue el convenio firmado entre la Defensoría Pública y la Secretaría de Salud del Estado de São Paulo, puesto en práctica en marzo de 2008, que tuvo como objetivo evitar, al máximo, que nuevas acciones fueran propuestas, mediante la tentativa de resolver la demanda de suministro de medicamentos o insumos del ciudadano aún durante la fase administrativa.

Según Vânia Casal, Coordinadora del Área de Hacienda Pública de la Defensoría que articuló el acuerdo con la Secretaría de Salud, el convenio fue motivado por la dificultad de acceso de la población a medicamentos e insumos que ya estaban incluidos en las listas de las políticas de salud, lo que generaba una gran demanda para la solución del problema mediante acciones judiciales. En otras palabras, muchos de los medicamentos e insumos que eran pedidos ya estaban estandarizados por el Poder Ejecutivo, pero las personas tenían dificultad para retirarlos. Ella relata que muchos pacientes atendidos en la red pública de salud no recibían la orientación exacta de dónde deberían retirar el medicamento o insumo prescrito, o se deparaban con la falta de estos en los puestos de distribución. Antes del convenio, el ciudadano procuraba a la Defensoría Pública, que proponía una acción para el suministro del tratamiento. Con su entrada en vigor, el ciudadano pasó a ser enviado a una etapa administrativa que tiene como objetivo solucionar el problema sin que sea necesario llevarlo al Poder Judicial.

Tal etapa administrativa se da de la siguiente manera: la Defensoría Pública brinda una atención inicial al ciudadano, buscando que sea verificada su demanda por medicamentos o insumos. Posteriormente, dicha persona es enviada, por medio de un oficio, para el sector de selección farmacéutica del Servicio Ambulatorio Médico de Especialidades (AME) Maria Zélia, perteneciente a la red de salud pública del Estado de São Paulo, donde es verificada la prescrip-

ción médica hecha para esta persona. En caso de que el medicamento o insumo ya esté incluido en las listas oficiales de las políticas de salud, estatal o municipal, la persona recibe la orientación del local exacto donde el producto deberá ser retirado, al momento de la atención o por telegrama algunos días más tarde. De lo contrario, en el mismo lugar, el ciudadano hace un pedido administrativo para que la Secretaría de Salud evalúe si, en aquella situación, es viable proveer el tratamiento, incluso si no está estandarizado por el Poder Ejecutivo. O sea, aunque el medicamento o insumo demandado no esté incluido en las políticas de salud, es posible que sea suministrado sin necesidad de que sea propuesta una acción judicial, tras un breve proceso administrativo. Si después de este trámite la persona no recibe el telegrama indicando el lugar de retiro del producto, o no lo consigue retirar en el lugar indicado, o si en otro caso, lo hubiera pedido mediante un proceso administrativo negado, se da la orientación para que esta persona vuelva a la Defensoría Pública para la proposición de una acción judicial. En esta situación, será evaluado por el defensor, contra cuál ente será propuesta la acción: el Estado o el Municipio.

Cabe resaltar, además, que, aunque tal convenio haya sido firmado sólo entre la Defensoría Pública y la Secretaría de Estado, se puede decir que este también surte efectos en el número de acciones propuestas contra el Municipio de São Paulo. Esto es así porque, según Vânia Casal, las personas atendidas por el convenio son tanto aquellas con recetas médicas de la red pública municipal de salud como de la estatal. O sea, en la medida en que muchas demandas son resueltas en la etapa administrativa, menos acciones son propuestas también contra el Municipio. En contrapartida, luego de realizada la selección farmacéutica, el lugar indicado para el retiro del medicamento también puede ser un puesto de la red de salud municipal.

Vânia Casal, asimismo, informa que la Defensoría Pública ha hecho reuniones con la Secretaría del Estado de São Paulo para lograr la inclusión directa del Municipio en el referido convenio. Cuenta que el convenio de la Defensoría Pública con la Secretaría de Salud fue facilitado por el hecho de que hay una mayor proximidad institucional entre ambas, por estar vinculadas al Estado de São Paulo.

La entrevistada señala también que la mayor demanda relativa al Municipio llevada a la Defensoría Pública es por pedidos de suminis-

tro de pañales descartables, como fue descrito arriba. En estos casos, dichas demandas no llegan a pasar por esta etapa administrativa, en la medida en que no existe una política municipal de distribución de las mismas. La entrevistada informa que entre el 70% y el 80% de las prescripciones de pañales provienen de la red municipal.

De acuerdo con Vânia Casal, el convenio entre la Defensoría Pública y la Secretaría de Salud trajo algunos beneficios en relación a la situación anterior. Uno de los más importantes es la mejor atención del ciudadano, en la medida en que este tiene acceso al medicamento de forma más rápida mediante esta vía, que cuando la acción judicial es propuesta. Otra gran ventaja del convenio es que, con este, el Poder Ejecutivo logra evaluar mejor dónde están las fallas del suministro de medicamentos e insumos en la red pública de salud. Aún más si se tiene en cuenta que la red de distribución de medicamentos e insumos es bastante compleja, ya que cuenta con varios puntos de distribución. En ese sentido, la entrevistada resalta que la mayor parte de demandas por medicamentos e insumos que llegan a la Defensoría Pública se origina en fallas en el suministro. Y, más que la falta de estos en los puestos de distribución, el gran problema es la falla al momento de dar informaciones a los ciudadanos sobre el lugar correcto del retiro del medicamento.

Otro punto positivo muy importante, alcanzado con el convenio entre la Defensoría Pública y la Secretaría de Salud, según Vânia Casal, es la caída del 80% en el volumen de las acciones propuestas. Así, de acuerdo con la entrevistada, antes del convenio, eran propuestas entre 100 y 120 acciones por mes contra el Estado y el Municipio de São Paulo bregando por medicamentos e insumos. Tras la puesta en práctica del convenio, pasaron a ser propuestas entre 20 y 30 acciones por mes solamente. Hubo, por lo tanto, una disminución sustancial. Actualmente, la mayor parte de las acciones interpuestas por la Defensoría Pública se refiere a solicitudes de medicamentos o insumos que tuvieron el pedido administrativo de suministro negado, además de los pedidos de pañales. En muchos casos, después de dicho proceso, la Secretaría de Estado indica que el medicamento pedido posee un producto similar en la lista de la política pública, y que solamente este podrá ser provisto. No obstante, el médico que realizó la prescripción afirma que el similar no surte los mismos efectos, no siendo, de esta forma, igualmente eficaz. Es muy común que esto

ocurra en los casos de pedidos de insulinas específicas, para casos peculiares de diabetes. En este contexto, la Defensoría ha propuesto la acción para que la discusión de la posibilidad o no de la sustitución sea hecha en el juicio.

Otro efecto en las políticas de salud consecuente del gran número de condenas del Municipio en acciones demandando el suministro de medicamentos e insumos fue la creación de una farmacia por parte de la Secretaría de Salud del Municipio para la distribución de aquellos medicamentos e insumos concedidos por vía judicial. En 2005, fue instalada una estructura, dentro del propio edificio de la Secretaría, para atender la demanda creciente de suministro de medicamentos concedidos judicialmente, donde los beneficiados por tales decisiones los retiran.

No fue posible evaluar en números los efectos de las condenas para la concesión de medicamentos e insumos en el presupuesto de la Secretaría de Salud del Municipio de São Paulo, en la medida en que no existen datos sistematizados con respecto a estas, según informó Adline Pozzebon. Ella afirma que, cuando el Municipio es condenado a suministrar medicamentos que ya son distribuidos regularmente, no existen gastos subsiguientes para la Secretaría de Salud, debido a que estos ya fueron adquiridos para abastecer a la red pública municipal. No obstante, cuando el caso se trata de la concesión de medicamentos que no constan en la lista de la política pública, termina habiendo una reasignación de recursos dentro del propio presupuesto de la salud. En otras palabras, es necesario retirar recursos de otros programas para que sean hechas tales compras.

Entre los medicamentos e insumos no incluidos en la política de salud que el Municipio es condenado a suministrar, están los ya citados pañales y los medicamentos de alto costo. De acuerdo con Adline Pozzebon, esos últimos son los que originan los mayores gastos con su compra. Ella dice que en muchos de los casos de suministro de medicamentos de alto costo, estos ya son provistos por el Estado, como es el caso del tratamiento para cáncer y hepatitis. Cuando el Municipio es condenado a suministrar un medicamento de alto costo, aunque este ya sea distribuido por el gestor estatal, él es obligado a realizar la compra. No existe comunicación entre el Estado y el Municipio con respecto a las condenas para el suministro de medicamentos. La entrevistada afirma que, en los casos en que ambos en-

tes son condenados concomitantemente al cumplimiento de un pedido, puede haber duplicidad en el suministro de los medicamentos.

Para Adline Pozzebon, el impacto de las decisiones que conceden el suministro de los medicamentos es mucho mayor para el Municipio que para el Estado de São Paulo, en la medida en que su presupuesto es significativamente menor. Esto se debe a que, de acuerdo con la entrevistada, el gestor estatal recibe la mayor parte de las transferencias federales del SUS en el contexto del programa de asistencia farmacéutica, ya que tal ente es responsable por la exención de los medicamentos más caros. El Municipio, por su parte, es responsable por la atención básica y, por este motivo, tiene gastos y presupuesto menores en comparación con el Estado. Así, las condenas con medicamentos de alto costo comprometen parcelas muy significativas del presupuesto municipal con su compra.

6. Conclusiones

A partir de las informaciones presentadas, se puede notar que hay dos caminos más acentuados para demandar cuestiones relacionadas con las políticas de salud del Municipio de São Paulo a través del Poder Judicial. La primera de estas formas se da por vía indirecta, teniendo como objetivo el *enforcement* del derecho a la salud, de forma tanto individual como colectiva. Dicha estrategia es denominada aquí como *indirecta* porque, aunque no tenga el objetivo de alterar la política pública, termina produciendo consecuencias sustantivas en las mismas. La mayor parte de las condenas del Municipio mostró estar vinculada con acciones individuales que tienen por objeto el suministro de medicamentos e insumos. Es también, con relación a esas acciones, que parece comprobarse, en mayor medida, la influencia de las condenas del Poder Ejecutivo en la alteración de sus políticas de salud, ora en la forma de la inclusión de medicamentos e insumos en su lista oficial, ora en la forma de la creación de acuerdos institucionales que procuran evitar la resolución judicial de las demandas. Así, aunque el Municipio no esté directamente vinculado al convenio realizado entre la Secretaría de Salud del Estado y la Defensoría Pública, va a estar directamente afectado por el convenio. Las acciones terminan teniendo el efecto de calibrar la política de salud en dos sentidos: (1) detectar y aminorar las fallas

del suministro de medicamentos e insumos y (2) llevar al Poder Ejecutivo demandas de la población que no siempre son percibidas por este.

En efecto, presentamos indicativos de que la sumatoria de esas acciones, propuestas en gran volumen, hace que el Municipio acabe por readecuar sus políticas de salud como forma de disminuir las decisiones contrarias a este. En este sentido, se debe tener en cuenta que, cuando el Ejecutivo es condenado por el Judicial, tiene muy poco margen para la negociación sobre cómo aquella decisión va a ser implementada, pudiendo existir perjuicios financieros y políticos mayores que los que habría si, al percibir el problema, lo resolviese de acuerdo a sus preferencias. De esta forma, en muchos casos, es más fácil alterar la política como forma de evitar las demandas y, posteriormente, tener que cumplir decisiones judiciales aún más costosas desde el punto de vista político o financiero.

El *enforcement* del derecho a la salud por la vía judicial es realizado también de forma colectiva, es decir, por medio de acciones civiles públicas propuestas por el Ministerio Público y por la Defensoría Pública del Estado de São Paulo. En estos casos, como pudo verse, hay otros objetos siendo demandados, tales como la mejora y ampliación de la infraestructura de la red pública de salud y de los servicios prestados por esta. Esta vía, sin embargo, se muestra no sólo como la menos utilizada, sino que también revela un mayor índice de fallos improcedentes por parte del Poder Judicial. Además, incluso cuando son juzgadas como procedentes, existe más dificultad de ejecución de las decisiones por parte de la Secretaría de Salud del Municipio. También en este campo de la acción colectiva se pudo constatar que crece la disposición tanto de los órganos solicitantes como del Municipio de São Paulo para realizar acuerdos prejudiciales para la resolución de las demandas. Existe el indicativo de que los casos de *enforcement* del derecho a la salud realizados colectivamente, muchas veces se resuelven mediante investigaciones civiles públicas en las que hay un acuerdo entre el Ministerio Público y el Poder Ejecutivo, en el sentido de resolver la demanda por medio de acuerdos prejudiciales, asumiendo el Judicial, en esta situación, el papel de mediador del conflicto, sin que haya necesidad de la proposición de la acción.

Se observó, asimismo, una tercera vía de demandas relacionadas con las políticas de salud municipales, en las que el Ministerio Público cuestiona directamente la política pública en relación a su constitucionalidad, por medio de acciones civiles públicas, o aún, a semejanza de lo que sucede en el control concentrado de constitucionalidad en el Supremo Tribunal Federal, a través de acciones directas de inconstitucionalidad de la ley municipal interpuestas por partidos políticos. El objetivo de estas acciones no es garantizar derechos sociales en juicio, sino vetar la política de salud como un todo. En esos casos, al contrario de lo que ocurre con la primera forma, hay una restricción bastante mayor por parte del Judicial de dar lugar a esas acciones.

Así, dada la exposición de los principales resultados a los que llegó esta investigación, se puede afirmar que el comportamiento de la justicia común revela particularidades que deben ser incluidas en el entendimiento del Poder Judicial brasileño. Entre ellas, se puede notar que el cambio sustantivo de las políticas de salud se da, principalmente, mediante procedimientos comunes, los que cualquier ciudadano tiene legitimidad para proponer. Otro asunto observado es que, cuando los pedidos de las acciones se relacionan con el *enforcement* de derechos, aunque estos sean colectivos, el Judicial tiende a ser más receptivo que cuando el pedido es para que una política sea declarada inconstitucional y después suspendida. Las demandas que llegan por la vía individual son las que tienen más éxito en la justicia común, así como las que más generan efectos en las políticas de salud.

Además de estas particularidades, el estudio de caso muestra que el Poder Judicial desempeña un papel importante en el proceso político más amplio, en el que se muestra como un canal posible para las demandas que la sociedad transmite al Gobierno. El fenómeno descrito nos lleva a la comprensión del Poder Judicial no sólo como un “output” del sistema político, sino como uno de sus varios “inputs”, es decir, como un medio para acceder a las demandas formuladas por la sociedad dentro del proceso político formal.

Bibliografia

- Borges, Daniela da Costa Leite (2007): *Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz.
- Dinamarco, Cândido Rangel (2002): *Instituições de processo civil*. 3 vols. São Paulo: Malheiros.
- Fanti, Fabiola (2009): *Políticas de saúde em juízo: um estudo sobre o município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Ferreira, Camila Duran et al. (2004): “O judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS”. Concurso de Monografias, Prêmio IPEA 40 anos. En: <www.Getinternet.ipea.gov.Br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc> (01.10.2010).
- Jornal Folha de São Paulo* (2008): “Juíza proíbe entidades privadas de gerir AMAS”. En: *Caderno Cotidiano*, 9 de septiembre de 2008.
- Lopes, José Reinaldo de Lima (2006): “Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – Saúde e Educação”. En: Lopes, José Reinaldo de Lima: *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, pp. 221-264.
- Marques, Silvia Badim/Dallari, Sueli Gandolfi (2007): “Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo”. En: *Revista de Saúde Pública*, 41, 1, pp. 101-107.
- Messeder, Ana Márcia/Osório-de-Castro, Claudia Garcia Serpa/Luiza, Vera Lucia (2005): “Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil”. En: *Cadernos de Saúde Pública*, 21, 2, pp. 525-534.
- Novaes, Adelina de Oliveira et al. (2007): “As bases de jurisprudência nos tribunais de São Paulo”. En: *Congresso 180 anos do direito no Brasil e a Democratização do Acesso a Justiça*. Encontro preparatório ao V Congresso da ABEDI (Associação Brasileira de Ensino do Direito).
- Scheffer, Mário/Salazar, Andréa Lazzarini/Grou, Karina Bozola (2005): “O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais”. En: *Ministério da Saúde, Série Legislação*, 3, pp. 24-38.
- Terrazas, Fernanda Vargas (2008): *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais por medicamentos*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- Viera, Fabiola Sulpino (2008): “Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS”. En: *Revista de Saúde Pública*, 42, 2, pp. 365-369.
- Viera, Fabiola Sulpino/Zucchi, Paola (2007): “Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil”. En: *Revista de Saúde Pública*, 41, 2, pp. 214-222.
- Wang, Daniel (2009): *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas de saúde*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo.

